

GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y CARTAS DE PATROCINIO: LAS MEJORES ALTERNATIVAS PARA EL COMERCIO INTERNACIONAL *

Por Diego Fernando García Vásquez*

Sumario: **1.** Introducción **2.** Aproximación a una definición de garantía independiente **3.** Caracterización de las garantías independientes **4.** Regulación de las garantías independientes **5.** Tipología de las garantías independientes **6.** Relaciones que se traban en las garantías independientes **7.** Contragarantías **8.** Cartas de crédito contingente **9.** Negocios fiduciarios de garantía **10.** Cartas de patrocinio **11.** Conclusiones **12.** Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Los negocios comerciales más relevantes desde el punto de vista económico se desarrollan principalmente en el contexto del comercio exterior. Tal realidad impone a los protagonistas del tráfico mercantil internacional la constitución de expedientes de garantía eficaces, para cuya exigibilidad no sea necesaria la comprobación por vía procesal de los supuestos de hecho y de Derecho que den lugar a la ejecución del deber de garantía.

Esta circunstancia fue la causa eficiente para que vieran la luz las denominadas garantías abstractas, también llamadas autónomas, incondicionales, independientes o a primer requerimiento (en este artículo se utilizarán indistintamente estas denominaciones). En este tipo de contrato de garantía el beneficiario no está en la obligación de demostrar el hecho del incumplimiento contractual por parte del deudor garantizado, sino que le basta, una vez ocurrido el incumplimiento, requerir al garante para que efectúe la prestación que le corresponde en virtud del contrato de garantía, sin que al garante le sea dable oponer excepciones derivadas del contrato garantizado o excusar su obligación de pago, a la usanza del contrato de fianza tradicional.

El intercambio de bienes y servicios entre sujetos de distintos países y regímenes jurídicos disímiles tornan ineficaces los contratos de garantía tradicionales, pues éstos demandan la realización de ejecuciones en procesos judiciales engorrosos y poco certeros en cuanto a la exigibilidad del derecho por parte del acreedor beneficiario.

Así mismo, las garantías independientes ofrecen a los beneficiarios la seguridad que entraña el hecho de que quienes las emiten con preponderancia son las entidades

* Este artículo fue presentado a la Revista el día 28 de marzo de 2006 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 7 de junio de 2006, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

* Abogado de la Universidad de la Sabana y estudiante de la especialización en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Miembro de *Legal Advisors* Abogados Asociados Ltda.

financieras, que cuentan con atributos de solvencia económica y moral reconocidos, que son fuentes generadoras de confianza para los empresarios.

En este artículo pretendo explicar la forma en que operan las referidas garantías y los rasgos descolantes de cada una de ellas. Así mismo, se abordará la explicación de las denominadas cartas de patrocinio, que a pesar de no pertenecer, *stricto sensu*, a lo que la nomenclatura jurídica ha denominado desde siempre garantía, por su función económica y su relevancia en los negocios internacionales se la trata como tal, y en el ámbito internacional es un recurso bastante socorrido.

2. APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN DE GARANTÍA INDEPENDIENTE

Las garantías independientes son negocios jurídicos en virtud de los cuales una persona natural o jurídica¹ se obliga a garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, efectuando el pago de las mismas ante el solo requerimiento que para el efecto realice el beneficiario, sin que le sea dable al garante oponer excepciones derivadas del contrato subyacente cuyo cumplimiento se garantiza y sin que sea posible la oposición del beneficio de excusión.

3. CARACTERIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES

La doctrina, la jurisprudencia y la normativa desarrollada por los organismos internacionales son coincidentes en destacar los siguientes rasgos como propios de las garantías a primer requerimiento:

3.1. Singularidad frente a la fianza

Se discute si las garantías independientes corresponden simplemente a una especie de fianza en la cual, por virtud de la autonomía de la voluntad y el carácter dispositivo de las normas que la regulan, el fiador renuncia a la oposición de excepciones derivadas de la relación subyacente² o si, por el contrario, la garantía independiente es un contrato que se diferencia de la fianza precisamente en que no hay lugar a oponer dichas excepciones, que sí es un elemento de la esencia tratándose del contrato de fianza.

Soy partidario de la segunda teoría, en el entendido de que el objeto de la fianza es pagar una obligación si el deudor principal no lo hace, lo cual denota el carácter esencialmente accesorio de dicho contrato³. *Contrario sensu*, el carácter de accesorio no es un rasgo

¹ En el comercio internacional las garantías independientes son emitidas casi exclusivamente por entidades financieras y aseguradoras, de ahí que en algunas nomenclaturas se utilice la denominación de garantías bancarias.

²Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*. Ed. La Ley, Madrid, 1992.

³ El Código Civil de Colombia define la fianza diciendo que "...es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena (...), si el deudor principal no la cumple...". En la misma definición legal del contrato se establece tanto el elemento de accesoriedad como la dependencia del hecho de que el principal no cumpla, para que entre a operar el patrimonio del fiador en el cumplimiento de la obligación [Cfr. Art. 2361 del Código Civil].

propio de las garantías autónomas, pues su objeto no es siquiera el de pagar una obligación impagada, sino dejar indemne al beneficiario después de la ocurrencia del supuesto garantizado.

3.2. Diferencia de objeto entre la garantía y la obligación garantizada

El objeto que persigue el contrato de garantía no consiste en cumplir con el pago de una obligación insoluta, sino restablecer el equilibrio patrimonial que se mengua con el evento del incumplimiento por parte del deudor. Dicha característica es defendida con acierto por la doctrina:

“El compromiso de pagar a primera solicitud mira más que a garantizar en sentido técnico el preciso cumplimiento de tal relación, a asegurar una satisfacción de los intereses económicos del beneficiario que quede perjudicado por el incumplimiento del deudor principal mediante una prestación indemnizatoria que, como se ha indicado, se presenta, más que como una garantía del crédito, como aseguradora del interés económico”⁴.

3.3. El garante no puede hacer valer contra el beneficiario las excepciones derivadas de la relación subyacente

El garante no se encuentra en posibilidad de debatirle por ninguna vía al beneficiario su obligación de ejecutar la prestación de garantía. Esta circunstancia es precisamente el fundamento de las garantías a primer requerimiento y la razón de su existencia en el comercio internacional. El garante sólo puede oponer al beneficiario las excepciones que se derivan de la garantía misma, de acuerdo con las condiciones establecidas por el ordenante al momento de constituir la.

La única excepción a esta característica es la posibilidad de oponerse al pago de la garantía en el evento de que se presente una reclamación manifiestamente abusiva por parte del beneficiario. Esta situación puede darse, por ejemplo, cuando el beneficiario pretende el pago por el incumplimiento de una obligación ya cubierta y de cuyo cumplimiento el garante haya tenido conocimiento.

3.4. El garante debe realizar el pago de la suma garantizada, al primer requerimiento del beneficiario

De esta característica deriva la denominación de garantías a primer requerimiento. Ante el primer requerimiento hecho por el beneficiario, el garante debe efectuar el pago, previa verificación del cumplimiento de las condiciones formales de la garantía. Para tal efecto, el

⁴ NUÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: *La Problemática Actual de las denominadas Garantías Independientes o Autónomas*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2001, p.22.

garante cuenta con un “tiempo razonable”, según los términos de la normativa internacional⁵.

3.4.1. Formas de hacer el primer requerimiento

Primer requerimiento puro y simple: Es suficiente la afirmación que sobre el incumplimiento haga el beneficiario al garante, no siendo necesaria ninguna verificación formal por parte de la entidad garante. Esta modalidad es especialmente riesgosa, por la posibilidad de que los beneficiarios abusen de su derecho y demanden la ejecución de la garantía sin que haya efectivamente acaecido el supuesto del incumplimiento. Sin embargo, el ordenante de la garantía siempre cuenta con la facultad de reclamar por vía judicial el reembolso de aquello que injustificadamente pague el garante.

Primer requerimiento justificado: El beneficiario debe hacer una descripción de la forma en que se produjo el incumplimiento, pero no tiene la necesidad de probar los hechos que afirme.

Primer requerimiento documentado: El beneficiario debe presentar los documentos que acrediten, al menos aparentemente, la ocurrencia del supuesto garantizado, sin que le corresponda al garante hacer juicios de valor sobre la autenticidad de los documentos que se le presentan.

Cuando se utiliza el primer requerimiento documentado, pueden presentarse documentos emitidos por el propio beneficiario o por peritos, así como laudos o sentencias en los que se declare el evento del incumplimiento, pero sin que se entre a valorar por parte del garante el contenido de la sentencia o laudo⁶.

3.5. Limitación temporal de la vigencia de la garantía

Por principio general los garantes no pueden obligarse a más de lo que se obliga el deudor principal. Una de las formas de preservar este principio está en el hecho de limitar temporalmente la vigencia de la garantía, que normalmente corresponde al término de duración del contrato cuyas obligaciones se garantizan. Esta condición resulta también como fórmula para reducir el riesgo que entrañan las garantías a primer requerimiento para el garante, dada la facilidad con que se promueve su ejecución.

4. REGULACIÓN DE LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES

Este tipo de garantías son regulados por dos fuentes principales: La Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito contingente,

⁵ Cfr. Reglas y Usos Uniformes sobre Garantías a Demanda. CCI. Art.10

⁶ Posición contraria defiende María del Carmen Nuñez Zorrilla, para quien en estos casos la garantía deviene en accesoria “... por cuanto el pago del garante queda subordinado a la fundamentación de la pretensión del acreedor frente al ordenante”. Cfr. NUÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: Ob. cit. p.28.

contenida en la Resolución 50/48 del 11 de diciembre de 1995, suscrita en la ciudad de Nueva York (en adelante convención de *UNCITRAL*), y por las Reglas y Usos Uniformes sobre Garantías a Demanda, expedidas por la Cámara de Comercio Internacional (*CCI*), contenidas en el folleto 458 de dicha entidad.

Para quien esto escribe debe darse aplicación preferente a las Reglas y Usos Uniformes sobre Garantías a Demanda (en adelante *RUUGD*), por las razones que a continuación esgrimo: [i] La convención de *UNCITRAL* sólo aplica a aquellas partes cuyo establecimiento se encuentre en un Estado contratante de la convención o si las normas del Derecho Internacional privado imponen su aplicación residual⁷, [ii] las *RUUGD* son recopilación de las costumbres mercantiles internacionales, y como tales tienen el mismo valor de la ley imperativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Código de Comercio colombiano. ¿Para qué entrar a determinar si los Estados son parte suscriptora del tratado o si el Derecho Internacional impone la aplicación de la Convención de *UNCITRAL*, si ello puede evitarse aplicando aquellas normas internacionalmente aceptadas por todos los países, tanto de estructura jurídica continental como de *Common Law*, y que además tienen la misma fuerza vinculante de las normas imperativas en todos esos países⁸?

5. TIPOLOGÍA DE LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES

5.1. Garantía de mantenimiento de la oferta (*tender guarantee o bid bond*)

Sanchez Calero la define como aquella que "... persigue impedir que el licitante retire su oferta una vez que se le adjudicó la licitación (sic) o, en tal caso, no se demuestre dispuesto a firmar el contrato dentro del plazo establecido"⁹.

El garante debe pagar un porcentaje acordado sobre el valor total del contrato, en caso de que el oferente no se allane a firmarlo dentro del término establecido o si retira la oferta después de su aceptación.

5.2. Garantía de restitución de anticipos o de reembolso (*repayment bond*)

Tiene como finalidad que el garante reembolse al beneficiario lo que éste haya pagado al ordenante de la garantía en calidad de anticipo en el contrato de base. Su monto se determina con base en el valor de la suma anticipada por el beneficiario al ordenante. Su utilización es frecuente en contratos de obra que requieren de fondos para la compra de materiales.

⁷ Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, art. 1.2 (a) (b).

⁸ Cfr. Códigos de Comercio de Chile, art. 6; de Ecuador, art. 4; de Venezuela, título preliminar.

⁹ SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan: *El Contrato Autónomo de Garantía. Las Garantías a Primera Demanda*. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995, pp. 49 y 50.

5.3. Garantía de buena ejecución (*performance bond*)

Es la típica garantía a primer requerimiento. Su objeto es que el garante cubra los costos del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de base.

Uno de los rasgos descolantes de este tipo contractual es que las obligaciones que se garantizan son indeterminadas. Ello conlleva la necesidad de determinar en la relación subyacente los hechos desencadenantes de la responsabilidad del garante y la cuantía de su obligación.

5.4. Garantía de mantenimiento de la ejecución (*maintenance bond*)

Es utilizada frecuentemente en contratos de construcción. Tiene por objeto que durante los primeros meses de ejecución del contrato las condiciones originarias de funcionamiento contra vicios o anomalías de construcción se mantengan¹⁰.

6. RELACIONES QUE SE TRABAN EN LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES

6.1. Ordenante y beneficiario

La relación existente entre estas dos partes se denomina contrato subyacente, causal, de base o relación de valuta. En virtud de esta relación es que el deudor debe constituir la garantía independiente, en la mayoría de los casos bajo condición resolutoria del contrato por su no otorgamiento.

Esta relación corresponde principal, pero no privativamente, a contratos de compraventa internacional de mercaderías, suministro y obra.

6.2. Ordenante y garante

Hay quienes defienden la tesis de que la relación que se surte entre el garante y el ordenante es un contrato de mandato para el pago¹¹. No comparto esa posición, pues en el contrato de mandato el mandatario ejecuta lo mandado en nombre y por cuenta del mandante¹². En los contratos de garantía esto no sucede, pues la obligación del garante no es el pago de una deuda ajena ni su prestación corresponde al cumplimiento de la obligación garantizada.

El acreedor de la obligación a cargo del garante es el ordenante, y esa obligación consiste en efectuar un pago de dinero a un tercero frente al requerimiento que para el efecto haga ese tercero, y es en cumplimiento de esa obligación y no de las derivadas del contrato de

¹⁰ NUÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: Ob. cit.

¹¹ Cfr. NUÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: Ob. cit. y CARRASCO PERERA, Ángel: *Tratado de los Derechos de Garantía*. Ed. Arandazi, Madrid, 2001.

¹² También puede ejecutarse el mandato en nombre propio, pero por cuenta ajena, como en el caso del contrato de comisión. En todo caso, siempre la actuación del mandatario será por cuenta del mandante, y ese es el fin de los contratos de intermediación.

base que el garante ejecuta el pago a favor del beneficiario. Si la relación fuera un mandato, el pago hecho por el garante sería la ejecución de una obligación originada en la relación causal, y definitivamente ese no es el fundamento del pago.

6.3. Garante y beneficiario

Entre estos dos sujetos me atrevo a decir que no se articula ningún vínculo jurídico. Como ya se dijo, la obligación de pago al beneficiario tiene su origen en la relación de garantía surtida entre ordenante y garante. Por su parte, la constitución de la garantía se origina en el contrato subyacente, en cuya celebración sólo intervienen el ordenante y el beneficiario.

Como se ve, no hay un vínculo de Derecho que relacione al garante y al beneficiario, y la necesidad de que este último acredite el supuesto garantizado (incumplimiento) no es el cumplimiento de una relación jurídica obligatoria, sino el medio de que dispone para hacer valer sus derechos de beneficiario, de acuerdo con la estructura de las garantías a primer requerimiento.

7. CONTRAGARANTÍAS

Por la dinámica propia del comercio internacional, sucede con frecuencia que el ordenante y el beneficiario se ubican en puntos distintos del orbe. Esta circunstancia conduce a que el beneficiario desee contar con un garante en su propia sede y precisa del ordenante la constitución de la garantía en esa sede. Para tal efecto, el ordenante contrata con un banco de su plaza la garantía de que se trate, para que ese banco, a su vez, comisione a un corresponsal suyo ubicado en la plaza del beneficiario, para que efectúe la prestación a favor del mismo. Como esa operación que efectúa el banco corresponsal también se desarrolla en virtud de un contrato mercantil internacional de corresponsalía que requiere seguridades, la entidad corresponsal demanda del banco que lo comisiona la constitución de una contragarantía que opera en las mismas condiciones de la garantía autónoma inicial.

El contragarante queda revestido de la “acción de regreso” contra el banco que comisiona el pago y además cuenta con la posibilidad de ejercer sus derechos de beneficiario de la segunda garantía.

8. CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE (*Standby letters of credit*)

En este título explicaré el que, a mi juicio, es el negocio de garantía más utilizado en el comercio internacional. Es una especie de garantía a primer requerimiento en la que el garante es un sujeto cualificado, como quiera que indefectiblemente debe ser un establecimiento bancario. Su régimen jurídico está dado por la publicación 500 de la Cámara de Comercio Internacional, relativa a operaciones de crédito documentario y cartas de crédito contingente. Esta fuente normativa es aplicable de forma directa en los regímenes mercantiles de estirpe continental, toda vez que es un compendio de costumbres comerciales internacionales, que por disposición expresa de la ley tienen la misma entidad de la ley imperativa y sirve como fuente de interpretación¹³.

¹³ Cfr. Código de Comercio de Colombia, art. 3.

La carta de crédito contingente es un derivado del contrato de crédito documentario, matizado con sutiles variaciones que lo transmutan.

8.1. Noción

La carta de crédito contingente es un instrumento de garantía en virtud del cual un establecimiento bancario, previa solicitud de un cliente suyo, se compromete en forma directa o a través de corresponsales o sucursales a pagar una suma determinada de dinero a un tercero, contra la exhibición de documentos que haga el tercero al banco corresponsal o a la sucursal.

Los documentos que debe presentar el beneficiario al corresponsal son demostrativos del incumplimiento contractual del ordenante de la garantía en el contrato subyacente. El corresponsal debe verificar el desembolso ante la exhibición de los documentos hecha por el beneficiario, sin que deba entrar a valorar la autenticidad o el contenido de los mismos, de ahí que la carta de crédito contingente sea también una garantía a primer requerimiento.

8.2. Partes que intervienen en la relación

En estricto sentido, quienes intervienen en la relación de garantía son el ordenante de la carta de crédito y el establecimiento de crédito emisor de la misma, que ocupa la posición de garante. Sin embargo, a pesar de no ser parte en la relación de garantía, tendré en cuenta al beneficiario para los efectos de estas explicaciones, pues es en razón de su existencia y de conformar la relación de base que se emite la carta de crédito contingente como instrumento garantizador.

8.2.1. *Ordenante*: Es quien tiene la carga de constituir la garantía en favor del beneficiario, en virtud de la relación de base. Esa carga de aseguramiento le impone acudir al banco para que éste expida la carta de crédito.

8.2.2. *Emisor*: Es el establecimiento de crédito que debe realizar el pago al beneficiario según las instrucciones que para el efecto haya recibido del ordenante. El banco emisor puede valerse de sus sucursales o de bancos con los que tenga acuerdos de corresponsalía para la ejecución de los pagos debidos.

El emisor puede contar con la colaboración de otros bancos que tendrían las funciones de notificar la existencia de la carta de crédito al beneficiario, de confirmarla asumiendo las obligaciones de forma solidaria o de servir como emisor del beneficiario en una relación de crédito documentario “espalda contra espalda”. Me relevo de entrar en la profundidad de estas instituciones, por no ser elementos de la esencia del contrato objeto de estudio y por exceder los límites de este trabajo¹⁴.

¹⁴ Recomiendo el estudio de estas instituciones en el trabajo titulado “Apuntes sobre Crédito Documentario. Un análisis comparado”, obra del autor que fue publicada en www.felaban.com/memorias_congreso_derecho_bancario.php.

8.2.3. *Beneficiario*: Es la persona en cuyo favor se constituye la carta de crédito. Tiene el deber de presentar al banco emisor los documentos requeridos en la carta de crédito, no como cumplimiento de obligaciones contractuales porque él no forma parte del contrato de garantía, sino como elemental obediencia a la única actividad de que dispone para hacer efectiva la garantía documentaria.

8.3. Naturaleza jurídica

Encuentro en la doctrina internacional que la teoría del mandato, de la operación bancaria activa y de la operación bancaria neutra son las más aceptadas¹⁵. Sin embargo, pienso que ninguna debe aceptarse como absoluta, pues hay circunstancias en las cuales el negocio encuadra dentro de una u otra teoría. La operación será activa en aquellos casos en que no haya aprovisionamiento previo de fondos del ordenante al emisor, caso en el que estaríamos frente a una operación de crédito tradicional. Por el contrario, si existe el referido aprovisionamiento, la operación será neutra, por no haber transferencia de recursos con la consecuente carga para el receptor de los mismos de devolverlos con intereses, sino sólo el pago de una comisión por su labor de operador del sistema de pagos. En cuanto a la teoría del mandato, no la considero de recibo, porque el emisor no efectúa el pago en nombre ni por cuenta del ordenante. Lo hace en cumplimiento de una obligación condicional que le corresponde en virtud del contrato de garantía.

9. NEGOCIOS FIDUCIARIOS DE GARANTÍA

En este numeral me corresponde desarrollar el análisis de una de las modalidades más socorridas de negocio fiduciario: la fiducia en garantía. La ubicación de este estudio dentro del capítulo correspondiente a las garantías independientes no es caprichosa. Responde a que por su mecánica operativa este tipo de negocios encuadra funcionalmente dentro de tal nomenclatura, a pesar de que la doctrina que se ha ocupado de disertar sobre estos temas parece no tenerla por garantía independiente, pues cuando la trata, lo hace bajo capítulo independiente, y no se advierte nunca una relación de género a especie entre ambas instituciones.

9.1. La fiducia en general

Los negocios fiduciarios son encargos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega o transfiere bienes determinados o determinables a una sociedad fiduciaria, para que ésta los administre en beneficio de quien hace la transferencia o de un tercero designado por ella. Los negocios fiduciarios pueden revestir la forma de fiducia mercantil o de encargo fiduciario. Habrá fiducia mercantil cuando se verifique la transferencia de los bienes fideicomitidos, y habrá simple encargo fiduciario cuando se haga entrega de los mismos sin transferencia de los derechos de dominio.

¹⁵ Sobre la teoría del mandato: MOLLE, Giacomo y otro: *El Contrato Bancario en el Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Ed. Cico Messineo, Milano, 1950; sobre la teoría de la operación bancaria activa: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Ed. Legis, Bogotá, 2002, p. 568; sobre la operación bancaria neutra: OLARRA JIMÉNEZ, Rafael: *Manual de Crédito Documentario*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, pp. 18 y 19.

Las partes en los negocios fiduciarios son el fideicomitente, que es la persona que transfiere o entrega los bienes. El fiduciario es la sociedad financiera especializada a la que se encomienda la administración de los bienes. El beneficiario es aquella persona en cuyo beneficio se celebra el negocio fiduciario. Puede ser el mismo fiduciante o persona distinta, aunque en el negocio que nos ocupa no es posible que el fideicomitente detente la doble calidad, salvo algunas excepciones de regímenes foráneos como el argentino¹⁶.

9.2. La fiducia en garantía

En esta especie de contrato de fiducia la función de administración que se encomienda al fiduciario consiste en realizar el pago de una deuda del fideicomitente si éste no lo hace dentro del término de exigibilidad de la obligación. Para el cumplimiento de tal función, el fiduciario debe vender los bienes fideicomitados.

La razón para asegurar que se trata de una garantía independiente está en que el fiduciario debe ejecutar el pago garantizado ante el primer requerimiento que en ese sentido reciba del beneficiario, sin que entre a valorar la afirmación de la ocurrencia del incumplimiento. En igual sentido se pronunció un experto en la materia:

“... No es una situación de controversia la que debe ser juzgada por el fiduciario, sino la simple circunstancia de hecho de que, en cierta fecha, no se haya producido un pago. No hay pues en la gestión que debe cumplir el fiduciario ningún campo para la calificación subjetiva sobre la conducta de las partes sino simple y llanamente, sobre la circunstancia de no haberse realizado el pago”¹⁷.

9.3. Beneficios de los negocios fiduciarios de garantía

La inconveniencia práctica de las garantías clásicas es un hecho ostensible en el comercio nacional e internacional. Garantizar el cumplimiento de obligaciones con las ineficientes prenda e hipoteca genera para todos los participantes de una relación contractual múltiples problemas, como el requerimiento legal de asistir a engorrosos trámites judiciales de remate, que entrañan la obsolescencia de los bienes gravados, la impericia de los secuestres en el manejo y mantenimiento de los mismos y la pérdida de su valor comercial por deterioro y desactualización, ambos ocurridos como consecuencia de la ineficiencia del aparato judicial, de su lentitud operativa y de la falta de idoneidad de los auxiliares de la justicia para administrar bienes ajenos.

Por otra parte, resulta beneficioso contratar este tipo de garantías por la aceptación que las instituciones financieras han dado a las mismas a partir de la normatividad prudencial sobre cupos máximos de crédito y calificación de cartera. En efecto, en nuestro medio el Decreto 2360 de 1993 le otorga a la fiducia en garantía la entidad de garantía admisible y la equipara, en relación con su efectividad, a las garantías reales. Así mismo, la

¹⁶ Cfr. Ley de Fideicomisos de Argentina, número 24 441, art.2.

¹⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Ed. Legis, Bogotá, 2002, p. 892.

Superintendencia Bancaria mediante actos administrativos¹⁸ le concedió a la fiducia irrevocable de garantía la misma calidad que las obligaciones garantizadas con garantía real para efectos concursales.

Esto hace especialmente atractivo para los establecimientos de crédito el otorgamiento de préstamos, pues en caso de cumplimiento defectuoso del deudor pueden acudir ante un par para que les ejecute el pago debido, y, así mismo, el banco puede tomar más fácilmente la decisión de otorgar determinados volúmenes de crédito a un mismo deudor.

9.4. Derecho de defensa del fideicomitente y prohibición del pacto pignoraticio

Los detractores de esta forma de garantía aducen que la misma es violatoria del derecho de defensa del fideicomitente, porque éste, según ellos, no tiene la posibilidad de oponer excepciones al pago que debe realizar el fiduciario. En mi entender esa teoría adolece de incoherencia, pues no puede decirse que el fideicomitente que *voluntariamente* encomienda a otra persona el pago de una deuda suya en caso de irresolución de la misma -renunciando en forma tácita y voluntaria a su derecho patrimonial y *disponible* de discutir el referido incumplimiento por vías procesales- se vea privado de su derecho natural a la defensa, cuando fue precisamente su voluntad la causa generadora de la renuncia al referido derecho.

Adicionalmente, al fideicomitente le asiste la facultad de demandar al fiduciario por el pago indebido que efectúe, lo que pone de manifiesto que no existe, en manera alguna, la mentada conculcación al derecho de defensa.

Otro aspecto discutido en el tratamiento de este negocio es el relativo a la violación de la prohibición del pacto pignoraticio cuando se celebran contratos de fiducia de garantía.

El Código de Comercio colombiano prohíbe, en el contrato de prenda mercantil, la concertación de medidas tendientes a que el acreedor garantizado con prenda se apropie de los bienes pignorados utilizando procedimientos distintos a los establecidos en la ley procesal para el efecto. Dice la disposición: "Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno"¹⁹. Lo primero que hay que decir para discrepar de este argumento es que las normas que establecen sanciones y limitaciones deben interpretarse restrictivamente.

La prohibición del pacto pignoraticio está establecida en la ley sólo para el contrato de prenda. Los precursores de esta línea de pensamiento hacen una aplicación extensiva del artículo que establece la citada prohibición, extendiendo sus efectos al contrato de fiducia, lo que denota un procedimiento inadecuado que transgrede los principios rectores de cualquier ejercicio de hermenéutica simple. Así mismo, considero poco posible que se incurra en una apropiación de los bienes fideicomitados por parte del beneficiario, pues éstos no entran a su esfera de dominio sino cuando ocurre el hecho del incumplimiento,

¹⁸ Cfr. Resoluciones 2053 de 1989 y 2092 de 1991.

¹⁹ Cfr. Código de Comercio de Colombia, art. 1203.

supuesto que torna exigible la obligación del fiduciario de pagar al beneficiario en virtud de un negocio jurídico previo.

No puede haber una apropiación indebida, porque la misma manera de operar del contrato de garantía lo imposibilita. El beneficiario nunca detenta la tenencia de los bienes ni el producto de su venta mientras pende el evento del incumplimiento, lo que sí ocurre en los contratos de prenda con tenencia del acreedor, en los cuales sí resulta fácil apropiarse de los bienes, dada la tenencia de los mismos por parte del acreedor prendario.

10. CARTAS DE PATROCINIO

En el otorgamiento de crédito bancario a sociedades pertenecientes a grupos económicos existe un expediente de garantía bastante especial, en virtud del cual las sociedades matrices realizan declaraciones sobre determinadas condiciones de hecho respecto de sus subordinadas, que a los establecimientos de crédito bastan como garantía de la buena ejecución de las deudas por contraer. Estas declaraciones aparecen contenidas en documentos que la doctrina ha dado en llamar cartas o declaraciones de patrocinio (en adelante CP).

En este tipo de instrumento el garante ya no es la entidad financiera, pues ésta es la beneficiaria, y el emisor de la carta ocupa el lugar de garante. Las declaraciones que la matriz (patrocinadora) emite son fuente de tranquilidad para el banco, dada la prestancia de los conglomerados económicos que realizan esta clase de operaciones.

10.1. Contenido de las cartas de patrocinio

10.1.1. *Declaraciones de hechos*: En este tipo de declaraciones el patrocinador se limita a resaltar hechos que para el banco son relevantes, como acusar conocimiento del crédito, aprobar la celebración del contrato que lo instrumenta, reconocer que el crédito se otorga en virtud del otorgamiento de la carta, hacer declaraciones sobre las políticas de sostenimiento de las filiales, declarar sobre su satisfacción respecto a la gestión del consejo administrativo, entre otras.

10.1.2. *Declaraciones con compromiso*: Quizás en este tipo de declaraciones radica la entidad garantizadora de este tipo de instrumentos. Los patrocinadores ya no sólo se limitan a hacer declaraciones relevantes, sino que además se comprometen con el establecimiento de crédito a efectuar determinadas prestaciones en el evento de acaecer unas condiciones establecidas. Las declaraciones más usuales son aquellas en las que el patrocinador se compromete a mantener su participación accionaria en la subordinada, a ejercer vigilancia sobre la filial para la buena ejecución de sus compromisos, a mantener niveles mínimos de capital en la filial, a prestar garantías subsidiarias en caso de falla por parte de la patrocinada, etc.

10.2. Naturaleza jurídica y fuente de las obligaciones

Hay quines afirman que las CP no son en sí mismas fuente de obligaciones, sino que su fuerza obligatoria deriva del contrato subyacente en virtud del cual se emiten²⁰. Otros afirman que las CP son la culminación de la etapa precontractual en la que la CP deviene en oferta de contrato hecha por el patrocinador al establecimiento de crédito.

Yo considero que la CP es fuente autónoma de obligaciones, en aquellas CP en las que se hacen compromisos, y las obligaciones que se derivan de una CP son sustancialmente distintas de aquellas que se desprenden del contrato de crédito. Y es que el nacimiento del contrato de crédito depende precisamente de la emisión de la CP, no pudiendo ser al mismo tiempo contrato de garantía y contrato garantizado, como ocurriría de aceptarse la tesis de la oferta.

Las posiciones más defendidas en este punto son aquellas que apuntan a darle a las CP el carácter de oferta o de fianza, y a aquellas CP que contienen la declaración de buena ejecución del negocio de crédito son reputadas, según esas mismas posiciones, estipulaciones por otro, reconocidas y reguladas por los códigos civiles latinoamericanos²¹.

10.3. Declaraciones fuertes y débiles

Esta es otra clasificación utilizada por la doctrina, principalmente la alemana²², para referirse a las declaraciones que se hacen en las CP. Las declaraciones débiles son aquellas que se limitan a poner de relieve hechos relativos a la sociedad filial en su relación con la matriz, así como sus manifestaciones de aquiescencia sobre el crédito y su conocimiento de que el mismo depende de la emisión de la CP.

Por su parte, las declaraciones fuertes son aquellas a las que hicimos referencia en el numeral 8 de este trabajo, en las cuales el patrocinador adquiere verdaderos compromisos con la entidad de crédito. Estas declaraciones fuertes pueden incluir compromisos de responsabilidad económica del patrocinador, en caso de defecto en la ejecución de las obligaciones del patrocinado, y pueden, así mismo, establecer compromisos de mantenimiento de la solvencia o propiedad accionaria en la filial.

Unas y otras representan verdaderas garantías para el establecimiento de crédito. En efecto, a pesar de que en rigor jurídico no se configura un contrato de garantía, con los ribetes de accesoriedad y responsabilidad solidaria o subsidiaria propios de esa clase de contratos, el efecto tranquilizador que producen en el establecimiento de crédito hacen que las CP funcionen y sean tratadas en el comercio internacional como garantías. Tanto es ello así que los bancos supeditan la concesión de los créditos a la emisión de las declaraciones de patrocinio que contengan los elementos mínimos requeridos por la industria bancaria para el tipo de crédito de que se trate, y es con base en dicha emisión que se atreven a realizar los desembolsos correspondientes.

²⁰ CARRASCO PERERA, Ángel: *Tratado de las Garantías en la Contratación Mercantil*. Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 648 y 649.

²¹ Cfr. Código Civil de Colombia, art. 1507 y Código Civil de Argentina, art. 1163.

²² LARENZ Y KANARIS: *Schuldrecht*, II/2, 13 ed., p. 8., 1994.

10.4. Destinatarios de las cartas de patrocinio

La praxis comercial ha determinado que las CP se emiten como ejecución de compromisos adquiridos entre el banco y la sociedad filial en virtud de la fase precontractual, sin que se deba entender por ello que la carta constituye la finalización de dicha etapa y el nacimiento de una oferta mercantil. Así las cosas, las matrices emiten al establecimiento de crédito la CP con las declaraciones requeridas por este último, colocándolo en posición de beneficiario, como en una garantía tradicional.

No obstante lo anterior, es posible que las CP no sean el resultado de las tratativas de un contrato. En efecto, puede darse el caso de que las sociedades controlantes emitan declaraciones en abstracto, sin siquiera haber una aproximación a la formación de un negocio jurídico. Esta hipótesis se presenta, por ejemplo, cuando las entidades financieras emiten declaraciones a favor de consumidores que adquieren productos o servicios de sus filiales.

10.5. Cláusulas de apoyo financiero

Las cláusulas de apoyo financiero son el tipo de declaraciones fuertes por antonomasia. Como su nombre lo advierte, son aquellas declaraciones que llevan consigo compromisos de pago o de mantenimiento de la solvencia de la subordinada.

Es preciso diferenciar correctamente los elementos subjetivos y objetivos de las obligaciones derivadas de las cláusulas de apoyo financiero y la clase de obligaciones que generan²³. En aquellas cláusulas que implican el deber de pago por parte de la patrocinadora no hay duda de que su obligación se asume respecto del acreedor beneficiario de la carta, contrayendo una obligación de resultado consistente en efectuar el pago de la deuda insoluble en las cuantías estipuladas para el efecto.

Así mismo, aquellas obligaciones contraídas por la patrocinadora en el sentido de mantener la liquidez y otras condiciones declaradas en las CP son obligaciones de resultado, sobre las cuales el acreedor dispone de todas las acciones legales para su cumplimiento coactivo.

Por el contrario, si las declaraciones son de aquellas que resaltan hechos, la patrocinadora no asume ninguna obligación, ni de medio ni de resultado, respecto del establecimiento de crédito, pues lo único que hace es manifestar conocimiento de unos hechos determinados.

11. CONCLUSIONES

La Ciencia Jurídica avanza a la par con el desarrollo tecnológico y la globalización económica. Esa circunstancia ha conducido, entre muchas otras cosas, a que a través de ordenamientos jurídicos se hayan regulado mecanismos de garantía cada vez más ágiles

²³ Sobre los elementos de las obligaciones consúltese con ventaja a Alberto Tamayo Lombana: *Manual de Obligaciones* T1. Ed. Temis, Bogotá, 1997.

para satisfacer las necesidades de los comerciantes en los contextos locales e internacionales.

Las garantías independientes nacieron a la vida jurídica como réplica a las garantías tradicionales, que precisan de trámites engorrosos y económicamente ineficientes, que frustran, por lo mismo, la posibilidad de llevar a efecto negociaciones financieramente relevantes. El hecho de contar con proveedores de garantía como establecimientos de crédito de reconocidas calidades de solvencia patrimonial, así como el hecho de no tener que entrar en controversias judiciales para hacer efectivos los derechos, generan climas de confianza y eficiencia que propician el buen ejercicio de las operaciones de intercambio.

Por otra parte, el capitalismo empresarial, manifestado en la conformación cada vez más frecuente de conglomerados económicos, requiere para su sostenimiento de adecuadas fuentes de financiación. El crédito bancario es el instrumento de financiación por excelencia, y la industria que lo suministra precisa de medidas de aseguramiento que garanticen el buen cumplimiento de los préstamos que concede. Las cartas de patrocino se erigen como herramientas conducentes a la obtención de dicho aseguramiento, toda vez que las patrocinadoras son empresas que cuentan con condiciones financieras solventes y reconocida reputación en el mercado.

El principio de la buena fe se pone de relieve en este tipo de operaciones, pues los establecimientos de crédito autorizan la concesión de los créditos con base exclusivamente en las declaraciones emitidas por las patrocinadoras, en atención al buen nombre comercial que tienen en el mercado y a la conocida solidez financiera con que cuentan. La afectación del patrimonio del “garante” no es un elemento inherente a este tipo de declaraciones, salvo en los casos de declaraciones con compromisos, razón por la cual el elemento de confianza y buena fe es predominante, en el sentido de que los bancos se atienen a la veracidad de las declaraciones realizadas por las patrocinadoras. Obviamente dicha confianza se fundamenta en criterios objetivos como la condición financiera de la empresa y el posicionamiento de su nombre en el mercado al que pertenezca.

Sin más por decir, dejo al lector este esfuerzo intelectual, que lejos de pretender ser un estudio profundo y riguroso es más bien una guía elemental que ilustra someramente sobre la propedéutica de instituciones jurídico-económicas tan vigentes en el comercio internacional como las garantías independientes y las cartas de patrocino. De antemano ofrezco disculpas por las carencias e impropiedades en que haya podido incurrir, pero ese es un riesgo inmanente a la encumbrada empresa de investigar para escribir.

Como dijo Ortega y Gacet: “Yo quisiera escribir sobre todo esto, aun previendo que habré de errar en las nueve décimas partes de mi juicio. Pero este sacrificio de equivocarse lealmente es casi la única virtud pública que el escritor, como tal, puede ofrecer a sus convecinos”.

12. BIBLIOGRAFÍA

BONEO VILLEGAS, Eduardo y otro: *Contratos Bancarios Modernos*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

BONFANTI, Mario Alberto: *Contratos Bancarios*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

CARRASCO PERERA, Ángel y otros: *Tratado de las Garantías en la Contratación Mercantil*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

Fianza, Accesoriedad y Contrato de Garantía. Ed. La ley, Madrid, 1992.

CASAS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Eduardo: *Del Trust Anglosajón a la Fiducia en Colombia y Materias Aledañas*. Ed Temis, Bogotá, 2004.

MADRIÑÁN DE LA TORRE, Eduardo: *La Carta de Crédito Contingente*. En Ensayos Jurídicos Liber Amicorum, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1996.

NUÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: *La Problemática Actual de las Garantías Independientes o Autónomas*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2001.

PÉREZ VIVES, Álvaro: *Garantías Civiles*. Ed. Temis, Bogotá, 1984.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Ed Legis, Bogotá, 2002.

Negocios Fiduciarios. Ed Legis, Bogotá, 2005.

SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan: *El Contrato Autónomo de Garantía*. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal: *Operaciones de Crédito Documentario*. Ed. Temis, Bogotá, 2002.

VILLEGAS, Carlos Gilberto: *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*, T2, Ed. Arayu, Buenos Aires, 1992.